



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 871.603 - SC (2006/0153294-5)

RELATORA : MINISTRA LAURITA VAZ
AGRAVANTE : SIMONE DA SILVA LIMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO - FABIANO CAETANO
PRESTES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. NATUREZA ABSOLUTA. CONSENTIMENTO E CONSCIÊNCIA DA VÍTIMA COM RELAÇÃO AOS ATOS. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível que o Relator negue seguimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, o que não ofende o princípio da colegialidade.

2. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea *a*, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 anos, em razão de sua incapacidade volitiva.

3. O consentimento ou a eventual experiência sexual pretérita da menor de 14 anos são irrelevantes para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

4. Agravo regimental desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 10 de agosto de 2010 (Data do Julgamento)

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 871.603 - SC (2006/0153294-5)

AGRAVANTE : SIMONE DA SILVA LIMA
ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO - FABIANO CAETANO
PRESTES E OUTRO(S)
AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RELATÓRIO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ:

Trata-se de agravo regimental interposto por SIMONE DA SILVA LIMA, contra decisão de minha lavra, que deu provimento a recurso especial interposto pelo Ministério Público, assim ementada:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. NATUREZA ABSOLUTA. CONSENTIMENTO E CONSCIÊNCIA DA VÍTIMA COM RELAÇÃO AOS ATOS. IRRELEVÂNCIA. RECURSO PROVIDO." (fl. 214)

Em suas razões, sustenta a Agravante que essa decisão ofende o princípio da colegialidade, argumentando que não se aplica, ao caso, a dicção do art. 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil.

Alega que a conduta da Ré não se amolda tipicamente ao crime do art. 214, c.c. os arts. 224, alínea *a*, e 71 do Código Penal, asseverando que se trata de presunção de violência relativa. Defende que, entender de modo contrário, implica afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, argúi que a atipicidade decorre da ausência de ofensa ao bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade sexual da vítima.

Aduz, para tanto, as seguintes razões:

"Como se sabe, debruçando-se sobre a casuística dos autos, evidencia-se que a recorrida, com dezoito anos de idade, durante o período de outubro de 2002 a abril de 2003, mantinha com a vítima, com treze anos de idade, um relacionamento amoroso, tanto, que segundo a própria oitiva da vítima na instrução criminal, 'passou a gostar da denunciada como sendo namorada', o que pressupõe a existência de um namoro entre ambas.

Frisa-se, por oportuno, que os atos sexuais do respectivo relacionamento amoroso foram consentidos pela vítima, como bem esclarece o cortejo probatório dos autos, e mais, diante das provas testemunhais, evidencia-se que esta já estava 'corrompida' à época do crime ora imputado, ou na melhor concepção do juízo de primeira instância, 'já tinha alguns conhecimentos sobre a vida sexual e também era dotada de capacidade de discernimento neste período final do relacionamento, pela simples análise dos seus depoimentos e das testemunhas, que em todo momento confirmam que a vítima frequentava lugares proibidos e em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

horários próprios para sua idade [...]'.

(...)

Ou melhor, a negação hipócrita da realidade, de forma rígida e apriorística, que uma pessoa com menos de quatorze anos de idade possa ter uma noção teórica dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem, de fato, é debruçar-se sobre uma justiça de olhos vendados, a qual distancia-se da realidade social para consubstanciar o positivismo exacerbado da lei." (fls. 230/235)

Assim, requer a reconsideração da decisão agravada ou a remessa dos autos para a Quinta Turma, para a manutenção do decreto absolutório proferido pelas instâncias ordinárias.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 871.603 - SC (2006/0153294-5)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. NATUREZA ABSOLUTA. CONSENTIMENTO E CONSCIÊNCIA DA VÍTIMA COM RELAÇÃO AOS ATOS. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO DESPROVIDO.

1. De acordo com o art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, é possível que o Relator negue seguimento ao recurso, com fundamento na jurisprudência dominante, de forma monocrática, o que não ofende o princípio da colegialidade.

2. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea *a*, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 anos, em razão de sua incapacidade volitiva.

3. O consentimento ou a eventual experiência sexual pretérita da menor de 14 anos são irrelevantes para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

4. Agravo regimental desprovido.

VOTO

A EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

A primeira insurgência do Agravante refere-se ao julgamento do recurso especial por meio de decisão monocrática, alegando desrespeito ao princípio da colegialidade.

Com o intuito de gerar celeridade nas decisões proferidas no âmbito dos Tribunais, foi reformulada a redação do art. 557 do Código de Processo Civil, possibilitando ao Relator negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, e já na redação do § 1.º-A do art. 557 do referido estatuto, é facultado ao relator dar provimento de forma monocrática.

Aliás, vale destacar as palavras do i. Ministro Athos Gusmão Carneiro acerca do tema, *"a ampliação dos poderes do relator parte inclusive de uma constatação prática: na grande maioria das vezes, o voto do relator revela-se como o condutor do colegiado, em solução de consenso; assim, de todo razoável confiar desde logo o julgamento do recurso apenas ao relator, quando as circunstâncias da causa a este manifestamente permitam uma 'certeza serena' sobre qual a justa composição da lide, ou quando se dispuser a julgar consoante a jurisprudência firme de seus pares ou de tribunal superior. Quando*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

menos no Superior Tribunal de Justiça, a inovação está cumprindo seu alto propósito" (CARNEIRO, Athos Gusmão. Podres do relator e agravo interno - arts. 557, 544 e 545 do CPC. Revista de Processo, ano 25, n.º 100, outubro-dezembro de 2000, Revista dos Tribunais, p. 32).

O intuito dessas alterações no Código de Processo Civil, ao ampliar os poderes do Relator, foi contribuir para que, com fundamento na jurisprudência dominante, se possa reduzir a grande quantidade de processos existente nos Tribunais, sem ofender o princípio da colegialidade. Na verdade, a pretensão é submeter aos órgãos colegiados apenas questões ainda não pacificadas.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO POR DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. ART. 557, § 1º, DO CPC C.C. 3º DO CPP. ART. 38 DA LEI 8.038/90. POSSIBILIDADE. EC 45/04. CELERIDADE PROCESSUAL. DECISÃO RATIFICADA.

1. *Em princípio, não viola o princípio da colegialidade o julgamento monocrático proferido pelo relator que dá provimento ao recurso, nos termos do art. 557, § 1º, do CPC c.c. 3º do CPP e art. 38 da Lei 8.038/90, quando a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior.*

2. *A Emenda Constitucional 45/04 preconiza que 'a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação', especialmente, nas hipóteses adequadas a decisão monocrática.*

3. *Determinado o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais para o redimensionamento da pena aplicada ao recorrido, como entender de direito, ratificando a decisão de fls. 356/359, pelos seus próprios fundamentos."* (REsp 902.665/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 03/08/2009.)

"AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO MONOCRÁTICA. POSSIBILIDADE. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONCURSO DE AGENTES. CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 18, INCISO III, DA LEI Nº 6.368/1976. ADVENTO DA LEI Nº 11.343/2006. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. LIVRAMENTO CONDICIONAL. CUMPRIMENTO DE 2/3 DA PENA IMPOSTA AO DELITO DO ART. 12, DESCONSIDERADA A MAJORANTE.

1. *O relator está autorizado a negar seguimento a recurso manifestamente intempestivo, incabível, improcedente, contrário a súmula do Tribunal, ou quando evidente a incompetência deste, em razão do contido nos arts. 557, caput, do Código de Processo Civil, e 34, XVIII, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.*

2 - *A nova Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), que revogou expressamente a Lei nº 6.368/1976, não elegeu como causa de aumento de pena a associação eventual de agentes para a prática dos crimes nela*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

previstos.

3 - *Constituindo o audido diploma novatio legis in melius, de rigor a extirpação da majorante do cômputo da pena, com observância do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.*

4. *Assim, o requisito temporal do cumprimento de 2/3 da pena para concessão do livramento condicional incide tão-somente sobre o quantum aplicado em razão do art. 12, desconsiderada a majoração do art. 18, III, ambos da Lei nº 6.368/1976.*

5. *Agravo regimental desprovido.*" (AgRg no REsp 505.836/RS, 6.^a Turma, Rel. Min. PAULO GALLOTTI, DJe de 09/12/2008.)

"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTUPRO E LESÃO CORPORAL GRAVE. DIREITO PENAL. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA. DECISÃO MONOCRÁTICA. CABIMENTO. INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 2º, PARÁGRAFO 1º, DA LEI Nº 8.072/90 DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O artigo 557, caput, do Código de Processo Civil, autoriza que o Relator negue seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com Súmula ou jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de Tribunal Superior.

2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do parágrafo 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90, afastando, assim, o óbice da progressão de regime aos condenados por crimes hediondos ou equiparados. Precedentes das 5ª e 6ª Turmas.

3. Tal questão, diga-se em remate, perdeu atualidade, pois que a Lei nº 11.464/2007, que alterou a Lei nº 8.072/90, afastou a impossibilidade de progressão de regime, fazendo do regime fechado apenas o inicial obrigatório.

4. *Agravo regimental improvido.*" (AgRg no REsp 906.371/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. HAMILTON CARVALHIDO, DJe de 04/08/2008.)

A Agravante alega que sua conduta não se amolda tipicamente ao crime do art. 214, c.c. os arts. 224, alínea *a*, e 71 do Código Penal, asseverando que se trata de presunção de violência relativa. Defende que, entender de modo contrário, implica afronta o princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, argúi que a atipicidade decorre da ausência de ofensa ao bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade sexual da vítima.

Quanto a essas insurgências, cumpre transcrever os fundamentos da decisão agravada, *in litteris*:

"O acórdão hostilizado está assim fundamentado:

'De início, cumpre observar que, com efeito, atividades sexuais diversas da conjunção carnal ocorreram entre a apelada e a ofendida, esta última, também verdade, com menos de 14



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(quatorze) à época. Afirma-se isso, pois indubitável e inquestionável pelo que se extrai da confissão da ré, bem como das demais provas carreadas aos autos.

Ocorre que, como bem salientou o magistrado a quo, trata-se de caso peculiar.

Pois bem, sabe-se que o Código Penal, em seu art. 224, alínea a, torna presumida a violência, elementar do crime em debate, caso a vítima possua, ao tempo do fato, menos de 14 (quatorze) anos, justificando o dispositivo na incapacidade, fictio iuris, do sujeito passivo, nessa condição, de consentir validamente com o ato sexual.

Entretanto, forçoso convir que tal presunção, se enfrentada de modo irrestrito e incondicional, poderá levar o julgador a cometer injustiças. Deve-se, na espécie, portanto, admitir-se a prova em contrário, baseando-se, sempre, nas particularidades do caso concreto e pela análise criteriosa acerca da inocentia consilii da, na situação, ofendida.

Assim, partindo-se dessa premissa, extrai-se dos autos que efetivamente existia entre a apelada e a vítima, esta com 13 (treze) anos, uma relação afetiva e, frise-se, conhecida pela comunidade.

No mais, quanto à prática de atos sexuais entre ambas, percebe-se que em momento algum houve resistência por parte da ofendida em realizá-los, não pela impossibilidade legal ficta de autodeterminar-se com relação ao sexo, mas sim por resignação livre, desembaraçada e verdadeira.

Ora, diz-se isso porque do processo não se retirou qualquer informação que pudesse evidenciar a ingenuidade ou despreparo da adolescente no tocante à sua sexualidade, ao reverso, sem querer falar aqui de depravação ou algo similar, constatou-se, em diversas oportunidades até, que essa freqüentava locais inadequados e em horários impróprios para alguém de sua idade, bem como que em várias ocasiões procurou por encontros amorosos com a apelada.

Oportuno foi o magistrado ao abordar a questão, observe-se:

'Não quer dizer que estamos tratando a vítima como pessoa corrompida ou prostituída, porém de pessoa que já tinha alguns conhecimentos sobre a vida sexual e também era dotada de capacidade de discernimento neste período final do relacionamento, pela simples análise dos seus depoimentos e das testemunhas, que em todo momento confirmam que a vítima freqüentava lugares proibidos e em horários impróprios para sua idade: '(..) que de madrugada, o declarante estava de serviço quando passou pelas proximidades da Boate Portugas, (...) quando avistou sua sobrinha Ana Cleide acompanhada de Simone (...) que as mesmas estavam sentadas na soleira da porta de uma casa (...)'

(fl. 31 – declarações do tio da vítima); '(...) que informa que se encontraram na Boate Oficinas e de lá



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

rumaram para a casa de Simone; (...) tendo encontrado com ela no dia de ontem (...) na Festa do Pinhão (...)' (fl. 29 – depoimento da própria vítima) e *'(...) que Ana Cleide, apesar da negativa da interroganda, continuou a lhe procurar, saindo de casa sem a permissão da mãe dela para procurar a interroganda na Avenida Presidente Vargas (...)'* (fl. 12 – interrogatório da denunciada).

Assim, percebe-se que não houve agressões à vítima, que consentiu com o relacionamento, mesmo tendo consciência da reprovação da sua mãe e da sociedade, contudo só receava ser descoberta pela primeira, vez que perante a sociedade não escondia seu relacionamento homossexual, o que por si só denota que estava ciente do ato que praticava.' (fls. 88/89)

Como se vê, no caso, a ratio essendi da alínea a do art. 224 do Código Penal não se fez presente.

Valiosa lição retira-se da obra de Luiz Flávio Gomes ao citar decisão do Exmo. Des. Ary Belfort, note-se:

'Em decorrência do exposto, a tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência, quando a pessoa da ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se aderir prontamente ao convite de caráter sexual que o agente lhe dirige, constituiria um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se nesses casos relevante e eficaz. Considerar-se, portanto, a presunção de violência mais uma vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido. Hoje, com a edição da Lei 8.072/90, que aumentou severamente a pena de alguns dos crimes sexuais, verifica-se que essa causa de presunção de violência deve ser analisada e sopesada com bastante cautela e prudência pelo julgador, nunca olvidando da recomendação de Heleno Fragoso no sentido de que: 'Na aplicação da Lei os juízes devem estar atentos ao envelhecimento e desatualização da lei, procurando interpretá-la em consonância com uma visão moderna, que corresponda às exigências dos novos tempos.'

(in Presunção de violência nos crimes sexuais, Revista dos Tribunais, 2001, p. 53)

Destarte, concluindo, por possuir, a comentada presunção de violência, caráter relativo, vê-se que, na espécie, essa cedeu



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

frente ao estado pessoal da ofendida, devendo manter-se, portanto, inalterada a sentença combatida.' (fls. 118/121)

Creio que, mesmo no contexto da dita vida moderna, não se mostra razoável atribuir capacidade de discernimento a menor de tão tenra idade, a ponto de considerá-la apta a consentir, validamente, com a prática sexual.

Nessas esteira, diante da literalidade da Lei Penal em vigor, parece-me iniludível que quis o Legislador proteger a liberdade sexual da menor de catorze anos, infligindo a um dever geral de abstenção, porquanto se trata de pessoa que ainda não atingiu a maturidade necessária para assumir todas as consequências de suas ações. Não é por outra razão que o Novo Código Civil Brasileiro, inclusive, considera absolutamente incapazes para exercer os atos da vida civil os menores de dezesseis anos, proibidos de se casarem, senão com autorização de seus representantes legais (art. 3.º, inciso I; e art. 1517).

Há de se ressaltar que pouco importa a vida pregressa da vítima. O simples fato de ela já ter praticado atos libidinosos com a Ré outras vezes não significa que, por isso, o crime está desconfigurado. Ao meu sentir, essa circunstância só denota a fragilidade da proteção que se pretendeu dar ao jovem.

Reitero, portanto, os fundamentos declinados nos acórdãos paradigmas da Eg. Quinta Turma, prolatados nos autos do REsp 905.877/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, DJ de 14/05/2007; e do REsp 762.044/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, DJ de 02/05/2006. Valho-me, ainda, dos percutientes argumentos lançados pelo eminente Relator deste segundo no voto condutor do julgado, in verbis:

*'Com efeito, uma jovem que não tenha mais de 14 anos de idade, ainda que já corrompida ou afeita aos prazeres carnavais, **pode**, de fato, ser vítima do denominado estupro ficto. E isto porque: **Primeiro**, como é sabido, existem incriminações nas quais a norma **proíbe** certa conduta (tipo comissivo) e, em outros casos, **determina** - com pressupostos - a realização de determinada ação (tipos omissivos), tudo isto, sob ameaça de sanção penal. No caso, apesar de respeitáveis posições divergentes, a incriminação é clara: a norma, sob pena de não ter a indispensável delimitação, afastando despiciendas incertezas denotativas, impõe, conforme J. Mestieri (in 'O Estupro', p. 116), **'um dever geral de abstenção de relações sexuais, imposto aos destinatários da norma, em relação a menores de certa idade.'***

***Segundo**, não é de se confundir **innocentia consilli** com mero conhecimento, objetivo, do que é em ato sexual. Aquela diz com a maturidade psico-ética, com a livre determinação no plano das atividades sexuais. Isto, **venia concessa**, dificilmente existe numa pessoa de 13 anos.*

***Terceiro**, o denominado estupro ficto, com a sua estrutura legal, não guarda relação com a sedução e nem com a corrupção de menores. A honestidade da vítima não é, e nem poderia ser, requisito para o crime. Caso contrário, no fundo, restariam*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

mescladas as presunções das alíneas 'a' e 'b' do art. 224 do CP.' Além do mais, a afirmação de que, no art. 224 do CP, estaria uma situação de responsabilidade objetiva, **data venia**, não procede. A equiparação legal não implica necessariamente na ausência **do requisito de responsabilidade subjetiva**. É inegável que o dolo deve cobrir os componentes da denominada presunção. Se isto inoportunamente teremos o erro de tipo (art. 20, do CP), **v.g.**, o **error aetatis**. Pode, eventualmente, dependendo dos envolvidos e das circunstâncias, até existir a possibilidade de erro de proibição (art. 21, **caput** e, 2ª parte do CP). É difícil a configuração mas, de antemão, não se pode descartar a hipótese. Enfim, ninguém deve, ou pode, sustentar a responsabilidade objetiva. A simples exigência do dolo acerca dos componentes da violência ficta, afasta aquela linha de argumentação.

Portanto, a questão de ser absoluta ou relativa a denominada presunção diz, em verdade, com o dolo. Qualquer outra consideração, como, **v.g.**, a demonstração de consentimento 'válido', escapa à objetividade mínima que a aplicação do Direito exige. Acarreta vagueza, ora expandindo arbitrariamente a incriminação, ora, injustificadamente, acarretando a impunidade, tudo de acordo com o momento, com o subjetivismo de quem julga. E não é só. **Está enraizado na mente popular, em todos os níveis de instrução, ressaltadas tristes exceções que podem eventualmente ensinar a aplicação do erro de proibição, que ninguém deve envolver-se com menores. É até comum o uso de expressão 'de menor'**. Não é recomendável, então, apesar do claro texto legal, que o Poder Judiciário, **contrariando esse entendimento generalizado**, aprove, através de julgado, que a prática sexual com menores é algo penalmente indiferente só porque a vítima, por falta de orientação, se apresenta como inoportunamente ou leviana. Isto cria uma situação repleta de inaceitáveis paradoxos. **Por uma**, justamente pela evolução dos costumes, não se compreende que alguém tenha a necessidade de satisfazer a sua lascívia com crianças ou adolescentes que não ultrapassaram, ainda, quatorze anos, tudo isto, em mera aventura amorosa. **Por outra**, a nossa legislação - repetindo - **protege, contra tudo e contra todos, os menores através do ECA e de outros mecanismos legais**; protege, também, as prostitutas adultas contra a exploração, etc; entretanto, admitindo-se válido o ato do réu-recorrido, estaria o Estado, através do Poder Judiciário, e **apesar de exposto texto legal deixando desprotegidas aquelas menores, justamente as tristemente desamparadas e carentes. Elas seriam, o que é impressionante, objetivo válido para os irresistíveis prazeres de inescrupulosos adultos**. E, tudo isto, com o chocante e crescente quadro, em nosso país, da denominada **prostituição infantil**. **Data venia**, a lei não pode levar a esta forma de conclusão. **Ela protege a liberdade sexual da vítima e não do réu. O Estado não pode garantir condutas**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como a do recorrido, porquanto estaria incentivando aquilo que a mente popular com respaldo na lei, repugna.

Ao impor um dever geral de abstenção (cfr. **João Mestieri**) da prática de atos sexuais com menores (no caso, que não ultrapassaram **14 anos**), a lei, sem dúvida, objetiva proteger a liberdade sexual e a autodeterminação sexual daqueles. Tudo isto, de fato, calcado na **innocentia consilli**, considerada, é bem de ver, como a impossibilidade de compreensão em termos de **madureza, de capacidade psico-ética, de consideração quanto aos efeitos produzidos pelos fatos sexuais**. Não se confunde, pois, a falta de **innocentia consilli** com experiência, até mesmo reiterada, da prática mecânica de atividade sexual. Caso contrário, **ad argumentandum**, toda e qualquer prostituta infantil, v.g., de 9 ou 10 anos de idade teria que se considerada como madura e o seu consentimento válido. O que, **data venia**, é algo lógica axiologicamente ininteligível. E, como ficaria a **quaestio**, em relação às denominadas presunções estabelecidas nas alíneas **b** e **c**? Todas **seriam** legais-condicionais, segundo terminologia antiga afirmando-se que tanto no caso da letra **b** como no da **c**, a presunção é **relativa** sob enfoque, tão somente, **da consciência do autor acerca da condição da vítima**. Portanto, nada mais do que aplicação do **princípio da culpabilidade** ou **da responsabilidade subjetiva**. **Verbi gratia**, ninguém chega a ponto de relativizar a presunção da letra **b** na hipótese em que o sujeito ativo tem plena consciência da debilidade mental da vítima. No entanto, na alínea **a**, mesmo que o autor tenha ciência acerca da idade da ofendida busca-se, equivocadamente, ainda assim, um outro dado, vago e impreciso, como fator de impunidade. A presunção, por assim dizer, da alínea **a**, é, na verdade, nestes limites, e sob este enfoque, legal-condicional, **iuris tantum** (tal como nas alíneas **b** e **c**), admitindo, em regra, apenas, o **error aetatis, ex vi** art. 20, **caput**, do CP. Entretanto, não se pode esquecer que, ao contrário, por exemplo, da alínea **b**, o **dolo eventual** aqui é suficiente. E mais ainda, tudo isto, sem considerar a extensão decorrente da polêmica acerca do **grau de atualização do dolo** ou, como é dito por alguns, a **co-consciência** (Winfried Platzgunimer in 'Die BewuBtseinsform des Vorsatzes', ps. 26 e seguintes, Viena, 1964 e, comparativamente, E.R Zaffaroni in 'Tratado de Derecho Penal', vol. III, ps. 301/305, Ediar, 1981 e in 'Manual de Derecho Penal', p. 406, n° 247/248, 6ª ed., 1996, Ediar, Teresa Pizarro Beleza in 'Direito Penal', 2º vol., ps 183/184, AAFDL, 1985, G.Stratenwerth in 'Derecho Penal', Pg I, Edersa, p. 97, n° 262, Madrid, 1982, G. Jakobs in 'Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoria de la Imputación', 2ª ed., 1997, ps. 3 17/318, Marcial Pons // Com posição diferenciada: Michael Köhler in 'Vorsatzbegriff und bewuBtseinsform des Vorsatzes', G.A., 1981, págs. 285 e 290. e G. Schewe in 'BewuBtsein und Vorsatz',



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Berlim, 1972).

De qualquer forma, por que considerar nas alíneas **b** e **c**, como fator de caracterização da presunção, na modalidade de legal-condicional o **elemento cognitivo** do dolo e, na alínea **a**, além deste fator, um outro, totalmente flexível e de difícil verificação concreta (a validade do consentimento de uma menor)? Seria a insensibilidade assumida para com as menores abandonadas ou desamparadas e expostas aos desejos um tanto estranhos de alguns insaciáveis? Ou, será que, **em extremo oposto**, estar-se-ia confundindo **innocentia consilii** com castidade, etc., e com isto mesclando, sem o menor sentido, as alíneas **a** e **b**? Na realidade, a questão da natureza da chamada presunção de violência tem merecido um tratamento heterogêneo, sendo que a exceção adicional, no caso da letra **a**, é carecedora de suporte jurídico. Tem sido, não poucas vezes, tratada como uma forma de banalização dos pretensos modernos costumes sexuais, olvidando-se, no entanto, aí, **a tenra idade das vítimas e a ausência de aceitação, na mente popular, de atos sexuais realizados nas circunstâncias previstas na alínea a**. E, por fim, a norma por detrás da tipificação legal (cfr. esquema de **E.R.Zaffaroni**) não diz que é proibido, **salvo se a ofendida é de vida desregrada ou prostituída**, praticar conjunção carnal com menina não maior de 14 anos. **Esta ressalva**, própria de determinada fase do Direito Romano, não existe e sistemicamente se apresenta destituída de coerência.

Daí se vê que meros exercícios de semântica em torno do legislativamente inadequado uso da expressão “**presunção**” levam a uma conclusão que não pode ser considerada produto de interpretação teleológica.

Apenas, a título de comparação, a prática de atos sexuais com menores continua sendo **conduta reprovável** em outras legislações penais (o grau de censurabilidade, é claro, guarda a proporção estabelecida em cada país), v.g.: **arts. 182 e seguintes do C. Penal espanhol de 1995; art. 172, n° 1 e n°2 do C.P. português com a revisão do Decreto-lei n° 48/95, art. 119, § 1° do C.P. argentino; art. 609, n° 1 do C.P. italiano.**

Corroboram esse entendimento os seguintes precedentes do Excelso Supremo Tribunal Federal:

'Crimes sexuais mediante violência ou grave ameaça (C. Pen., arts. 213 e 214): presunção de violência, se a vítima não é maior de 14 anos (C. Pen., art. 224, a): caráter absoluto da presunção, que não é inconstitucional, visto não se tratar de presunção de culpabilidade do agente, mas de afirmação da incapacidade absoluta de menor de até 14 anos para consentir na prática sexual: análise da jurisprudência do STF - após a decisão isolada do HC 73.662, em sentido contrário - conforme julgados posteriores de ambas as Turmas (HC 74286, 1ª T., 22.10.96, Sanches, RTJ 163/291; HC 75608, 10.02.98, Jobim, DJ 27.03.98):



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação jurisprudencial, entretanto, que não elide a exigência, nos crimes referidos, do dolo do sujeito ativo, erro justificado quanto à idade da vítima pode excluir.' (HC 81.268/DF, 1.^a Turma, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJ de 16/11/2002.)

'RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSO PENAL. ESTUPRO. NEGATIVA DE AUTORIA. ERRO DE TIPO. VIDA DESREGRADA DA OFENDIDA. CONCUBINATO.

1. *Em se tratando de delito contra os costumes, a palavra da ofendida ganha especial relevo. Aliada aos exames periciais, ilide o argumento da negativa de autoria.*

2. *O erro quanto à idade da ofendida é o que a doutrina chama de erro de tipo, ou seja o erro quanto a um dos elementos integrantes do erro do tipo. A jurisprudência do tribunal reconhece a atipicidade do fato somente quando se demonstra que a ofendida aparenta ter idade superior a 14 (quatorze) anos. Precedentes. No caso, era do conhecimento do réu que a ofendida tinha 12 (doze) anos de idade.*

3. *Tratando-se de menor de 14 (quatorze) anos, a violência, como elemento do tipo, é presumida. Eventual experiência anterior da ofendida não tem força para descaracterizar essa presunção legal. Precedentes. Ademais, a demonstração de comportamento desregrado de uma menina de 12 (doze) anos implica em revolver o contexto probatório. Inviável em Habeas.*

4. *O casamento da ofendida com terceiro, no curso da ação penal, é causa de extinção da punibilidade (CP, art. 107, VIII). Por analogia, poder-se-ia admitir, também, o concubinato da ofendida com terceiro. Entretanto, tal alegação deve ser feita antes do trânsito em julgado da decisão condenatória. O recorrente só fez após o trânsito em julgado.*

Negado provimento ao recurso.' (RHC 79.788/MG, 2.^a Turma, Rel. Min. NELSON JOBIM, DJ de 17/08/2001.)

No mesmo diapasão, os seguintes precedentes desta Corte, além dos já citados:

'PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL. ART. 214, C/C ART. 224, ALÍNEA A, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRESUNÇÃO. NATUREZA.

I - *No atentado violento ao pudor com violência presumida, a norma impõe um dever geral de abstenção de manter conjunção carnal com jovens que não sejam maiores de 14 anos.*

II - *O consentimento da vítima ou sua experiência em relação ao sexo, no caso, não têm relevância jurídico-penal (Precedentes do STF, da 3.^a Seção, e da 5.^a e 6.^a Turmas e do STJ).*

Embargos de divergência desprovidos.' (EREsp 762.044/SP, 3.^a Seção, Rel. para Acórdão Min. FELIX FISCHER, DJe de 14/04/2010.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

'CRIME CONTRA LIBERDADE SEXUAL. ATENTANDO VIOLENTO AO PUDOR. VIOLÊNCIA PRESUMIDA. CONSENTIMENTO DA OFENDIDA. IRRELEVÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO ELIDE A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. EXEGESE DO ART. 224, ALÍNEA A, DO CÓDIGO PENAL. CRIME HEDIONDO. PROGRESSÃO DE REGIME. FALTA DE INTERESSE. BENEFÍCIO CONCEDIDO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM.

1. Segundo o entendimento jurisprudencial desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, em se tratando de vítima menor de quatorze anos, seu consentimento é irrelevante para a caracterização dos crimes de estupro e atentado violento ao pudor, uma vez que a presunção de violência prevista no art. 224, 'a', do Código Penal tem caráter absoluto.

2. Com efeito, consoante entendimento pacificado nos Tribunais Superiores, os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, tanto na sua forma simples, incluindo a violência presumida, como na forma qualificada pelo resultado lesão corporal grave ou morte, são considerados hediondos.

3. Falta interesse de agir dos impetrante no que diz respeito à progressão de regime, pois o Tribunal de origem deferiu o benefício, determinando que a pena fosse cumprida inicialmente no regime fechado.

4. Habeas corpus denegado.' (HC 66.846/SP, 6.^a Turma, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe de 01/07/2009.)

'PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 619 DO CPP. CRIME DE ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO-CONFIGURAÇÃO. DISPENSÁVEL A PROVA PERICIAL. VÍTIMA MENOR DE 14 ANOS. CARÁTER ABSOLUTO DA PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. ART. 226, III, DO CP. CAUSA DE MAJORAÇÃO DA PENA. REVOGAÇÃO PELA LEI 11.106/05. APLICAÇÃO RETROATIVA DA LEI MAIS BENÉFICA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Estando o acórdão recorrido fundamentado de forma clara e suficiente sobre as questões postas nos autos, não há falar em violação do art. 619 do CPP, uma vez que os embargos de declaração não têm como objetivo responder um a um os argumentos da parte.

2. In casu, não há configuração de continuidade delitiva entre o primeiro delito apurado em processo autônomo e o presente feito pela ausência de registro do primeiro processo já julgado. Eventual continuidade delitiva, se demonstrada, poderá ser considerada, em momento oportuno, a fim de unificar as penas, conforme dispõe o art. 82, in fine, do Código de Processo Penal.

3. O laudo pericial não é fundamental para comprovação do delito de atentado violento ao pudor uma vez que, em regra, não costuma deixar vestígios, podendo ser verificado mediante outros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

elementos probatórios, especialmente o depoimento da vítima.

4. A jurisprudência pacificada da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a presunção de violência prevista no art. 224, 'a', do Código Penal possui natureza absoluta, entendendo-se, por conseguinte, que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do delito, tendo em conta a incapacidade volitiva da pessoa menor de catorze anos de consentir na prática do ato sexual.

5. Tendo sido a majorante prevista no art. 226, III, do CP revogada com o advento da Lei 11.106/05, pelo princípio da retroatividade da lei mais benéfica, o Superior Tribunal de Justiça entende pela sua aplicação retroativa.

6. Recurso especial conhecido e parcialmente provido para afastar a majoração da pena quanto ao disposto no art. 226, III, do Código Penal.' (REsp 906.466/MG, 5.ª Turma, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe de 13/04/2009.)

'EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. CRIME DE ESTUPRO CONTRA MENOR DE CATORZE ANOS. PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. CARÁTER ABSOLUTO. CONSENTIMENTO DO MENOR. IRRELEVÂNCIA.

1. A violência presumida, prevista no art. 224, alínea a, do Código Penal, tem caráter absoluto, afigurando-se como instrumento legal de proteção à liberdade sexual do menor de 14 (catorze) anos, em razão de sua incapacidade volitiva.

2. O consentimento do menor de 14 (catorze) anos é irrelevante para a formação do tipo penal do estupro ou atentado violento ao pudor, pois a proibição legal é no sentido de coibir qualquer prática sexual com pessoa nessa faixa etária.

3. Uma vez que o crime foi praticado com violência presumida, descabe aplicar a agravante do art. 61, inciso II, alínea h, do Código Penal, sob pena de indevido bis in idem, porque a menoridade da vítima é circunstância elementar do crime. Precedentes.

4. Embargos de Divergência acolhidos para, cassando o acórdão embargado, bem como o acórdão recorrido, restabelecer a sentença condenatória de primeiro grau, mas com a concessão de habeas corpus, de ofício, para excluir da pena imposta ao Réu o aumento decorrente da agravante genérica, tornando-a definitiva em 06 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto.' (EResp 688.211/SC, 3.ª Seção, Rel. Min. LAURITA VAZ, DJe de 17/11/2008.)

Ante o exposto, com fulcro no art. 557, § 1.º-A, do Código de Processo Civil, c.c. o art. 3.º do Código de Processo Penal, DOU PROVIMENTO ao recurso especial, para cassar o acórdão recorrido e a sentença de primeiro grau.

Outrossim, baixem-se os autos para que o Juiz de Direito de Lages/SC profira nova sentença, considerando a absoluta presunção de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

violência contra a vítima." (fls. 215/223)

Dessa forma, na ausência de argumento relevante que infirme as razões consideradas no julgado agravado, deve ser mantida a decisão por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, NEGO PROVIMENTO ao agravo regimental.

É como voto.

MINISTRA LAURITA VAZ
Relatora



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUINTA TURMA

Número Registro: 2006/0153294-5

AgRg no
REsp 871.603 / SC
MATÉRIA CRIMINAL

Números Origem: 20050404461 39030056282

EM MESA

JULGADO: 10/08/2010

Relatora

Exma. Sra. Ministra **LAURITA VAZ**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro JORGE MUSSI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ÁUREA M. E. N. LUSTOSA PIERRE

Secretário

Bel. LAURO ROCHA REIS

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

RECORRIDO : SIMONE DA SILVA LIMA

ADVOGADO : ANA MIRIAN ZILIOOTTO (ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA)

ASSUNTO: DIREITO PENAL - Crimes contra os Costumes - Atentado Violento ao Pudor

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SIMONE DA SILVA LIMA

ADVOGADO : DEFENSORIA PUBLICA DA UNIAO - FABIANO CAETANO PRESTES E
OUTRO(S)

AGRAVADO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUINTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental."

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília, 10 de agosto de 2010

LAURO ROCHA REIS
Secretário